

**ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION**

RA Nr. 130/2017/8

Bern, 6. März 2018

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

per Adresse B. _____

und

C. _____

betreffend die Verfügung der C. _____ vom 5. Dezember 2017 (Submissionsverfahren Nr. 163153; Leistungstransformatoren; Ausschluss vom Submissionsverfahren)



I. Sachverhalt

1. Am 17. November 2017 schrieb die C. _____ (im Folgenden: C.A. _____) die Beschaffung von Leistungstransformatoren im selektiven Verfahren auf der Website des Vereins für ein Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz (www.simap.ch) aus. Als Schlusstermin für die Einreichung der Teilnahmeanträge setzte die C.A. _____ in der Ausschreibung den 11. Januar 2018 fest. Das Vorgehen wurde in der Ausschreibung (Ziffer 2.6) wie folgt umschrieben: "Die Ausschreibung für den Zuschlag zum Rahmenvertrag erfolgt im selektiven Verfahren. In einer ersten Phase werden die Anbieter aufgrund ihrer Eignung bewertet. Die maximal 6 präqualifizierten Anbieter werden in einer zweiten Phase eingeladen, ein Angebot einzureichen und ihre Lösung für Leistungstransformatoren abzugeben. Der Rahmenvertrag wird mit insgesamt vier Lieferanten abgeschlossen, von denen alle während der Dauer des Rahmenvertrags von 2018 bis 2023 zur Einreichung eines Angebots für den bzw. die jeweiligen Leistungstransformatoren zugelas-

sen sind." Unter Ziffer 3.15 der Ausschreibung "Bezugsquelle für Teilnahmeunterlagen zur Präqualifikation" hielt die C.A. _____ sodann fest, dass die Teilnahmeunterlagen für die Präqualifikation zwischen dem 17. und 30. November 2017 verfügbar sind. Sodann steht unter dieser Ziffer Folgendes:

"Weitere Informationen zum Bezug der Teilnahmeunterlagen: Es werden nur Anbieter berücksichtigt, welche die ausgeschriebenen Transformatoren zu einem wesentlichen Teil in eigenen Herstellerwerken selber produzieren (keine Handelsfirmen). Voraussetzung zum Erhalt der Ausschreibungsunterlagen ist, dass nachfolgend aufgeführte Transformatorenbestandteile respektive Leistungen durch das jeweilige Herstellerwerk, an einem Standort, erbracht werden:

- Auslegung und Design des Transformators (Berechnung und Konstruktion)
- Kern legen
- Wicklungen herstellen
- Aktivteil montieren
- Abnahmeprüfungen

Die Anbieter können sich mit maximal zwei Herstellerwerken qualifizieren. Hierbei müssen beide Werke die zur Qualifikation vorausgesetzten Eignungskriterien erfüllen.

Mit dem Antrag auf Zustellung der Ausschreibungsunterlagen ist zu dokumentieren, dass der Anbieter die obgenannten Bedingungen erfüllt."

2. Gemäss den Angaben der C.A. _____ haben sich insgesamt 10 potenzielle Anbieterinnen mit einem Antrag auf Zustellung der Ausschreibungsunterlagen gemeldet. Davon seien zwei Unternehmen – darunter die Beschwerdeführerin – vom Verfahren ausgeschlossen worden, weil sie die geforderten Nachweise in Bezug auf die Erfüllung der Bedingungen zum Erhalt der Ausschreibungsunterlagen nicht erbracht hätten. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin erging mit Verfügung vom 5. Dezember 2017. Zur Begründung führte die C.A. _____ mit Verweis auf Art. 24 Abs. 1 Bst. b und c ÖBV¹ aus, dem Teilnahmeantrag der Beschwerdeführerin lasse sich nicht entnehmen, dass die Anforderungen gemäss Ziffer 3.15 der Ausschreibung erfüllt würden. Die verbindliche Zusage und der entsprechende Nachweis seien nicht erbracht worden, weshalb die Beschwerdeführerin von der Teilnahme ausgeschlossen werde.

¹ Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21).

3. Gegen diese Ausschlussverfügung vom 5. Dezember 2017 erhob die Beschwerdeführerin am 15. Dezember 2017 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE). Sie beantragt sinngemäss die Aufhebung der Ausschlussverfügung.

4. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet², führte einen Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Nach Aufforderung des Rechtsamts reichte die Beschwerdeführerin die mangelhaft unterzeichnete Beschwerde innert der angesetzten Nachfrist am 11. Januar 2018 in verbesserter Form ein. Mit Stellungnahme vom 22. Januar 2018 beantragt die C.A._____ die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann. Mit Schreiben vom 13. Februar 2018 nahm die Beschwerdeführerin zur Stellungnahme der C.A._____ Stellung.

5. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Nach Art. 11 Abs. 2 Bst. e i.V.m. Art. 12 Abs. 1 ÖBG³ können Ausschlussverfügungen kantonaler Auftraggeberinnen und Auftraggeber nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a ÖBG und der von ihnen mehrheitlich beherrschten oder konzessionierten Auftraggeberinnen oder Auftraggeber nach Art. 2 Abs. 1 Bst. c ÖBG bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates angefochten werden. Die C.A._____ ist ein vom Kanton Bern mehrheitlich beherrschtes Sektorunternehmen und stellt damit ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. c ÖBG dar. Die BVE ist daher zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

² Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191).

³ Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2).

b) Die C.A. _____ hat die Beschwerdeführerin nach Einreichung des Antrags auf Zustellung der Ausschreibungsunterlagen vom Verfahren ausgeschlossen. Der Beschwerdeführerin wurde dadurch die Möglichkeit genommen, sich am selektiven Verfahren zu beteiligen und einen Teilnahmeantrag einzureichen. Damit hat sie ein schutzwürdiges Interesse (Art. 65 Abs. 1 Bst. c VRPG⁴) an der Anfechtung der Ausschlussverfügung. Die Beschwerde ist innert der zehntägigen Rechtsmittelfrist eingereicht worden. Der formelle Mangel (fehlende Unterschrift einer zeichnungsberechtigten Person) wurde innert der angesetzten Nachfrist behoben (Art. 33 Abs. 1 VRPG). Der geschätzte Auftragswert liegt schliesslich über dem Schwellenwert anfechtbarer Verfügungen gemäss Art. 11 Abs. 2 ÖBG. Die BVE tritt daher auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ein.

c) Das Verfahren vor der BVE richtet sich nach den Bestimmungen des VRPG, soweit das ÖBG nichts anderes bestimmt. Mit der Beschwerde können Rechtsverletzungen, einschliesslich Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens, und die unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 14 Abs. 2 ÖBG). Der Beschwerdegrund der Unangemessenheit gemäss Art. 66 Abs. 1 Bst. c VRPG steht dagegen nicht offen.

2. Ausschluss vom Vergabeverfahren

a) Die Beschwerdeführerin bringt sinngemäss vor, sie sei zu Unrecht vom Verfahren ausgeschlossen worden. Sie erfülle die Voraussetzungen von Ziffer 3.15 der Ausschreibung. Sie verfüge über mehr als 50 Jahre Erfahrung in der Fabrikation von Leistungstransformatoren. Auch die Montage und Prüfung erfolge im eigenen Werk in D. _____. Mit den am 11. Dezember 2017 eingereichten Unterlagen habe sie belegt, dass sie die Bedingungen gemäss Ziffer 3.15 der Ausschreibung erfülle.

Die BWK entgegnet in ihrer Stellungnahme vom 22. Januar 2018, die Beschwerdeführerin habe – entgegen der expliziten Forderung in der Ausschreibung – mit ihrem Antrag auf Zustellung der Ausschreibungsunterlagen keine Dokumente beigelegt, welche die Erfüllung der Voraussetzungen von Ziffer 3.15 der Ausschreibung belegen würden. Obwohl man die Beschwerdeführerin auf diesen Mangel sofort aufmerksam gemacht und sie um Zustellung

⁴ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

der geforderten Nachweise gebeten habe, seien bei Fristablauf für den Bezug der Unterlagen (30. November 2017) keine entsprechenden Nachweise eingegangen. Die Beschwerdeführerin sei daher mit Verfügung vom 5. Dezember 2017 vom Verfahren ausgeschlossen worden. Erst am 11. Dezember 2017 und damit elf Tage nach Ablauf der Frist für den Bezug der Unterlagen und vier Tage nach Versand der Ausschlussverfügung habe die Beschwerdeführerin per E-Mail einen Download-Link mit entsprechenden Unterlagen zugeschickt. Damit habe die Beschwerdeführerin die Frist zur Teilnahme am Verfahren nicht eingehalten und sei deshalb zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen worden. Entsprechend erübrige sich die materielle Prüfung der Beschwerde in Bezug auf allfällige Nachweise zu den technologischen Anforderungen. Selbst wenn diese vorzunehmen sei, zeige sich, dass die Beschwerdeführerin die in der Ausschreibung für den Erhalt der Teilnahmeunterlagen geforderten technischen Kriterien auch inhaltlich nicht erfülle. Aus den von der Beschwerdeführerin am 11. Dezember 2017 zugestellten Unterlagen sei nicht ersichtlich, dass das Werk die Kerne der Transformatoren selber herstelle.

b) Nach Art. 24 Abs. 1 ÖBV wird eine Anbieterin von der Teilnahme am Verfahren ausgeschlossen, wenn sie ein Angebot einreicht, das der Ausschreibung, den Ausschreibungsunterlagen oder wesentlichen Formerfordernissen nicht entspricht (b) oder wenn sie die geforderten Eignungskriterien nicht erfüllt (Bst. c). Ein Angebot entspricht den wesentlichen Formerfordernissen namentlich nicht, wenn es nicht fristgerecht eingereicht worden ist, nicht vollständig ist oder das Selbstdeklarationsformular mit den verlangten Nachweisen fehlt (Art. 24 Abs. 2 ÖBV). Die Übereinstimmung der Offerte mit der Ausschreibung ist eine wesentliche Voraussetzung für den Zuschlag; Angebote, die der Ausschreibung nicht entsprechen, müssen ausgeschlossen werden. Grundsätzlich rechtfertigt es sich, an das Erfordernis der Ausschreibungskonformität einen relativ strengen Massstab anzulegen. Zu berücksichtigen bleibt aber in jedem Fall das Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 2 BV⁵ sowie das aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleitete Verbot des überspitzten Formalismus. Daher soll vom Ausschluss der Offerte abgesehen werden, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig ist und der Zweck, den die in Frage stehende Formvorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird.⁶

⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

⁶ VGE 23028 vom 24. September 2007, in BVR 2008 352, E. 4.3.2; VGE 22652 vom 20. November 2006, E. 2.2/2.3, jeweils mit weiteren Hinweisen.

Auch wenn Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV von Angebotseinreichung spricht, gelangen diese Bestimmung und die oben aufgeführten Grundsätze zum Ausschluss in analoger Weise auch beim Präqualifikationsverfahren des selektiven Verfahrens zur Anwendung, wo noch keine Offerte eingereicht worden ist.

c) Vorliegend vertritt die C.A. _____ die Ansicht, dass die Beschwerdeführerin schon deshalb auszuschliessen gewesen sei, weil sie im angesetzten Zeitraum zum Erhalt der Ausschreibungsunterlagen (17. November 2017 bis 30. November 2017) die in Ziffer 3.15 der Ausschreibung geforderten Nachweise nicht eingereicht und damit die Frist nicht eingehalten habe.

Der Ausschreibung lässt sich sowohl der Zeitraum wie auch die Voraussetzung, dass bereits mit dem Antrag auf Zustellung der Ausschreibungsunterlagen die Erfüllung der genannten Bedingungen zu dokumentieren sei, entnehmen (Ziffer 3.15). Es ist allerdings zu beachten, dass die Beschwerdeführerin die aus ihrer Sicht ausreichenden Unterlagen für die Erbringung des geforderten Nachweises am 11. Dezember 2017 eingereicht hat. Zu diesem Zeitpunkt war zwar der angegebene Zeitraum der Verfügbarkeit der Ausschreibungsunterlagen bereits abgelaufen, die Frist für die Einreichung des Teilnahmeantrags jedoch noch lange nicht (11. Januar 2018 gemäss Ziffer 1.4 der Ausschreibung). Die Beschwerdeführerin hätte damit genug Zeit gehabt, im Falle der Erfüllung des Nachweises gemäss Ziffer 3.15 und nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen noch fristgemäss einen Teilnahmeantrag einzureichen. Es ist kein Grund erkennbar, wieso die Ausschreibungsunterlagen in diesem Fall nicht auch noch nach Ablauf des angegebenen Zeitraums hätten abgegeben werden können. Zudem wurde die Beschwerdeführerin in der Mail-Korrespondenz nach Einreichen ihres Antrags auf Zustellung der Ausschreibungsunterlagen von der C.A. _____ nicht nochmals ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass die Ausschreibungsunterlagen bei fehlender Einreichung der geforderten Nachweise bis zum 30. November 2017 unter keinen Umständen noch zugestellt werden (und damit auch nicht für den Fall der verspäteten Einreichung dieser Nachweise). Insgesamt wäre es daher vorliegend überspitzt formalistisch, wenn die Beschwerdeführerin einzig vom Verfahren ausgeschlossen würde, weil sie den geforderten Nachweis gemäss Ziffer 3.15 der Ausschreibung erst nach dem angegebenen Zeitraum für den Erhalt der Ausschreibungsunter-

lagen – jedoch deutlich vor Ablauf der Frist für die Einreichung des Teilnahmeantrags – erbracht hat.⁷

d) Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdeführerin die Nachweise zu den technischen Anforderungen gemäss Ziffer 3.15 mit ihren Unterlagen vom 11. Dezember 2017 erfüllt hat.

Nach Ansicht der C.A. _____ gemäss Stellungnahme vom 22. Januar 2018 hat die Beschwerdeführerin mit diesen Unterlagen nicht belegt, dass die Kerne der Transformatoren in ihrem eigenen Werk hergestellt werden. Dies ergebe sich weder aus der Firmenpräsentation noch aus den eingereichten Fotos. Die Fotos der Kerne würden zeigen, dass das Oberjoch bei fehlenden Wicklungen eingebaut ist. Bei der Herstellung der Kerne im Werk werde dies nach heutigem Stand der Technik jedoch nicht gemacht, da das Oberjoch für die Montage der Wicklungen wieder entfernt werden müsse. Daraus leite sich ab, dass diese Kerne von einem Zulieferer ins Werk der Beschwerdeführerin geliefert worden seien. Für den Transport müsse das Oberjoch eingebaut sein, damit der Kern beim Transport nicht beschädigt werde. Die Kernlegung im eigenen Werk sei für die C.A. _____ deshalb eine technologische Mindestanforderung, da der Kern ein entscheidender qualitativer Teil der gesamten Einheit sei. Ein bei externer Fertigung des Kerns notwendiger Strassentransport sowie das doppelte Materialhandling der Bleche für das Oberjoch würden hohe Risiken mit sich bringen, welche zu Qualitätseinbussen führen könnten. Insgesamt fehle ein Beleg für die entscheidende Tätigkeit der Kernlegung im Werk der Beschwerdeführerin.

Die Beschwerdeführerin bekräftigt in ihrer Stellungnahme vom 13. Februar 2018 erneut, dass sie die Kerne vollständig in ihrem Werk in D. _____ herstelle. Die Darstellungen der C.A. _____ würden nicht der tatsächlichen Kernproduktion in ihrem Werk entsprechen und die Schlussfolgerungen in der Stellungnahme vom 22. Januar 2018 würden nur die persönliche Meinung der Vergabestelle darstellen. Sie habe einen Vertreter der C.A. _____ per E-Mail vom 12. Dezember 2017 zu einem Audit in ihr Werk eingeladen, um ihre Ausrüstungen, Fähigkeiten und Produktionsverfahren zu überprüfen. Sie sei in der Lage, alle Hauptkomponenten der ausgeschriebenen Leistungstransformatoren selbstständig herzustellen.

⁷ Ähnlich Denis Esseiva, Non respect du délai d'inscription, BR 2004 S. 59 f, wonach das Verpassen der Frist zur Anforderung der Ausschreibungsunterlagen sowie jener der Entrichtung einer diesbezüglichen Gebühr keinen Ausschluss rechtfertigen kann.

Bei der Festlegung und bei der Bewertung bzw. Beurteilung der Anbietenden anhand der Eignungskriterien kommt der Vergabestelle ein grosses Ermessen zu.⁸ Die Unangemessenheit kann mit Beschwerde nicht geltend gemacht werden (Art. 14 Abs. 2 ÖBG, Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB⁹). Sofern die Vergabestelle ihr Ermessen nicht geradezu willkürlich ausgeübt hat, hat sich die Beschwerdeinstanz daher bei der Prüfung der Bewertung eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen.¹⁰ Dies gilt insbesondere dort, wo die Bewertung – wie im vorliegenden Fall – besondere technische Fachkenntnisse erfordert.

Die Anbieterinnen hatten für den Erhalt der Ausschreibungsunterlagen den Nachweis zu erbringen, dass u.a. die Kerne der Transformatoren im eigenen Werk hergestellt werden. Dies ergibt sich in eindeutiger Weise aus Ziffer 3.15 der Ausschreibung. Die Ausschreibung wurde von der Beschwerdeführerin nicht angefochten und deren Inhalt damit akzeptiert. Diesen Nachweis vermochte die Beschwerdeführerin mit den am 11. Dezember 2017 eingereichten Unterlagen nicht zu erbringen. Den nachvollziehbaren Ausführungen der C.A. _____ folgend belegte die Beschwerdeführerin mit den eingereichten Fotos und weiteren Unterlagen nicht, dass sie die Kernlegung im eigenen Werk erfolgt. Gemäss C.A. _____ lässt sich den Fotos vielmehr das Gegenteil entnehmen, da das Oberjoch bei fehlenden Wicklungen eingebaut ist, was bei einer Montage vor Ort nicht der Fall gewesen wäre. Die BVE sieht keinen Grund, diesen plausiblen Schluss der Vergabestelle in Frage zu ziehen, zumal die Beschwerdeführerin einen Nachweis der Kernlegung im eigenen Werk auch in ihrer Stellungnahme vom 13. Februar 2018 schuldig bleibt. Vielmehr bleibt es in dieser Stellungnahme bei einer pauschalen Bestreitung der Ausführungen der C.A. _____, ohne dass die Beschwerdeführerin auf die Argumentation der Vergabestelle näher eingehen würde. Sie begründet darin in keiner Weise, wieso die Schlussfolgerungen der C.A. _____ falsch sein sollten. Es wäre aber an der Beschwerdeführerin gewesen, den von ihr verlangten Nachweis zu erbringen oder zumindest plausibel aufzuzeigen, wieso die Schlussfolgerungen der C.A. _____ falsch sein sollten. Dies ist unterblieben; sie hat den Standpunkt der Vergabestelle lediglich pauschal bestritten. Die Beschwerdeführerin bleibt damit den geforderten Nachweis schuldig, dass sie die Kerne tatsächlich vor

⁸ Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 564 f.

⁹ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994, Anhang I zum ÖBG; BSG 731.2.

¹⁰ VGE 2016/291 vom 3. April 2017, E. 6.1; BGer. 2C_346/2013 vom 20.1.2014 E. 1.3.4, BGer. 2D_49/2011 vom 25.9.2012 E. 4.2 mit Hinweisen.

Ort selber produziert. Von einer willkürlichen Ermessensausübung durch die C.A. _____ kann nicht gesprochen werden.

Die Beschwerdeführerin hat damit ein Eignungskriterium für die Zulassung zum Präqualifikationsverfahren nicht erfüllt, was in analoger Anwendung von Art. 24 Abs. 1 Bst. b und c ÖBV einen Ausschluss rechtfertigt. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin ist damit – im Ergebnis – zu Recht erfolgt. Die Ausschlussverfügung der C.A. _____ vom 5. Dezember 2017 ist in Abweisung der Beschwerde zu bestätigen.

3. Kosten

- a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdeführerin. Sie hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹¹).
- b) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Ausschlussverfügung der C.A. _____ vom 5. Dezember 2017 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.00 werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

¹¹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

IV. Eröffnung

- B. _____, eingeschrieben
- C. _____, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
i.V. der Direktorin

Hans-Jürg Käser
Regierungsrat